

Editorial

Herausgeber:
michels.pmks Rechtsanwälte Partnerschaft mbB, Köln



Sehr geehrte Kolleginnen und Kollegen,
liebe Leserinnen und Leser,

dem Thema Coronavirus (SARS-CoV-2) und der hierdurch ggf. verursachten Atemwegserkrankung (COVID-19) kann man derzeit nicht entgehen, auch in diesem Infobrief nicht. Adrian Mrochen beantwortet im „Thema des Monats“ die häufigsten arbeitsrechtlichen Fragen zum Coronavirus und dessen Auswirkungen. Für uns – wie vermutlich für viele andere auch – war dies die Gelegenheit, sich zum ersten Mal mit dem Gesetz zur Verhütung und Bekämpfung von Infektionskrankheiten beim Menschen (Infektionsschutzgesetz, IfSG) zu beschäftigen, was hoffentlich die Ausnahme bleiben wird.

Mit eher klassischen arbeitsrechtlichen Fragen beschäftigen sich die (wiederum drei) Entscheidungsbesprechungen: Dr. Marcus Michels bespricht zunächst eine Entscheidung des BAG zum Fortfall des Sonderkündigungsschutzes des Datenschutzbeauftragten. Mit einer Kündigung im Kleinbetrieb beschäftigt sich sodann die von Dr. Jannis Kamann besprochene Entscheidung des BAG, welches zu dem Schluss kommt, dass eine durch verletzte Eitelkeit motivierte Kündigung noch nicht gegen Treu und Glauben verstößt. Markus Pillok schließlich bespricht eine Entscheidung des LAG Nürnberg, die die relativ unbekannt und daher häufig übersehene Vorschrift des § 8 EntgFG zum Fortbestehen des Entgeltfortzahlungsanspruchs trotz Beendigung des Arbeitsverhältnisses zum Thema hat.

michels.pmks und der Deutsche Anwaltverlag wünschen Ihnen wie – immer eine – spannende Lektüre. Bleiben Sie vor allen Dingen gesund!

Ulrich Kortmann, Fachanwalt für Arbeitsrecht

Partner michels.pmks

Inhalt

Editorial

Corona-Virus – arbeitsrechtliche Auswirkungen und Fragestellungen 2

Rechtsprechung

BAG: Sonderkündigungsschutz des Beauftragten für Datenschutz 5

BAG: Ordentliche Kündigung außerhalb des Geltungsbereichs des Kündigungsschutzgesetzes 7

LAG Nürnberg: Entgeltfortzahlung – Arbeitsunfähigkeit wegen Krankheit 9

Terminvorschau BAG

Neue anhängige Rechtsfragen 11

michels.pmks
FACHANWÄLTE



DeutscherAnwaltVerlag

Corona-Virus – arbeitsrechtliche Auswirkungen und Fragestellungen

Die Ausbreitung des Corona-Virus auch in Deutschland gibt Anlass, sich Gedanken über die Rechte und Pflichten der Parteien des Arbeitsverhältnisses nach dem deutschen Recht zu machen. Für den Arbeitnehmer wird insbesondere relevant sein, ob seine Vergütungsansprüche bestehen bleiben und ob im Falle der Schließung von Kitas und Schulen ein Anspruch auf bezahlte Freistellung bestehen könnte. Für den Arbeitgeber stellt sich die Frage, ob Entschädigungsansprüche gegenüber den Gesundheitsämtern bestehen, wenn für einen Arbeitnehmer Quarantäne angeordnet wird oder der eigene Betrieb geschlossen wird.

I. Ansprüche des Arbeitnehmers

Im Falle einer eigenen Erkrankung des Arbeitnehmers bestehen Ansprüche auf Lohnfortzahlung nach § 3 EntgFG. Der Arbeitgeber hat danach grundsätzlich für einen Zeitraum von sechs Wochen Entgeltfortzahlung zu leisten. Sollte die Erkrankung länger als sechs Wochen andauern, schließt sich der Anspruch des Arbeitnehmers auf Zahlung von Krankengeld nach § 44 SGB V an, für den Fall der Arbeitsunfähigkeit wegen derselben Krankheit jedoch gem. § 48 Abs. 1 SGB V begrenzt auf längstens achtundsiebzig Wochen innerhalb von je drei Jahren, gerechnet vom Tage des Beginns der Arbeitsunfähigkeit an. Tritt während der Arbeitsunfähigkeit eine weitere Krankheit hinzu, wird die Leistungsdauer nicht verlängert.

Etwas anderes kann jedoch gelten, wenn das Gesundheitsamt Schutzmaßnahmen für den erkrankten Arbeitnehmer anordnet. Für den Fall der behördlichen Anordnung einer Schutzmaßnahme hat der Gesetzgeber in § 56 Abs. 1 IfSG einen Entschädigungsanspruch vorgesehen. Die zuständigen Behörden sind nach dem IfSG berechtigt die erforderlichen Schutzmaßnahmen zu treffen. Aktuell werden insbesondere Quarantänemaßnahmen nach § 30 IfSG angeordnet. Der Arbeitnehmer erhält in diesem Fall eine Entschädigung in Höhe des Verdienstaufschlags, wobei als Verdienstaufschlag das Arbeitsentgelt gilt. Die Entschädigung wird entsprechend zum EntgFG für einen Zeitraum von sechs Wochen gewährt. Hieran schließt sich wiederum ggf. ein Anspruch auf Krankengeld an, jedenfalls soweit der Verdienstaufschlag die für die gesetzliche Krankenversicherungspflicht maßgebende Jahresarbeitsentgeltgrenze nicht übersteigt. Arbeitgeber haben zu beachten, dass sie nach § 56 Abs. 5 S. 1 IfSG vorleistungspflichtig sind und längstens für sechs Wochen die Entschädigung für die zuständige Behörde auszuzahlen haben. Die gezahlten Entschädigungen werden dem Arbeitgeber gem. § 56 Abs. 5 S. 2 IfSG sodann auf Antrag von der zuständigen Behörde erstattet. Der Antrag ist gem. § 56 Abs. 11 IfSG innerhalb von drei Monaten nach Einstellung der verbotenen Tätigkeit zu stellen.

In einer älteren Entscheidung zum damals noch geltenden Bundesseuchenschutzgesetz hat der BGH entschieden, dass der Anspruch auf Lohnfortzahlung nach § 616 BGB dem staatlichen Entschädigungsanspruch vorgeht (BGH, Urt. v. 30.11.1978 – III ZR 43/77). Entsprechend werden die zuständigen Gesundheitsämter zu prüfen haben, ob im jeweiligen Fall ein Anspruch nach § 616 BGB besteht oder ob eine Entschädigung nach § 56 IfSG zu zahlen ist. Sofern § 616 BGB nicht abbedungen und anwendbar ist, bleibt der Arbeitgeber für eine angemessene Zeit zur Lohnfortzahlung verpflichtet, sofern ein persönliches Leistungshindernis vorliegt. Die Abgrenzung des Vorliegens eines persönlichen Leistungshindernisses des Arbeitnehmers von einem objektiven Leistungshindernis kann insbesondere in den Fällen, in denen zahlreiche Arbeitnehmer oder ganze Betriebe betroffen sind, schwierig sein (vgl. zum Ganzen: *Krause*, in: Henssler/Willemsen/Kalb, Arbeitsrecht, BGB § 616 Rn 18).

Folgen des Corona-Virus im Arbeitsrecht

Lohnfortzahlung im Krankheitsfall nach § 3 EntgFG

Anordnung der Quarantäne ohne Erkrankung § 56 IfSG

Verhältnis des IfSG zu § 616 BGB: Vorrang der Lohnfortzahlung

Sollte das Kind des Arbeitnehmers an dem Corona-Virus erkranken, ist stets zu differenzieren.

Ist die Anwendung des § 616 BGB nicht arbeitsvertraglich abbedungen, so kann der Arbeitnehmer der Arbeit fernbleiben und behält seinen Anspruch auf Vergütung. Nach der herrschenden Meinung wird hierbei ein Zeitraum von höchstens 10 Tagen zulässig sein (vgl. so u.a. *ErfK/Preis*, BGB § 616 Rn 10a). Haben die Vertragsparteien die Anwendung des § 616 BGB abbedungen, so greift die Regelung des § 45 Abs. 1 S. 1 SGB V. Hiernach steht dem Arbeitnehmer Anspruch auf Krankengeld zu, wenn das Kind nach einem ärztlichen Attest der Beaufsichtigung, Betreuung und Pflege bedarf, eine andere Person in dem Haushalt diese Aufgabe nicht erfüllen kann und das Kind das 12. Lebensjahr noch nicht vollendet hat oder behindert und auf Hilfe angewiesen ist.

Sollte ein naher Angehöriger pflegebedürftig sein, so steht dem Arbeitnehmer nach § 2 Abs. 1 PflegeZG ein Leistungsverweigerungsrecht für bis zu 10 Tage zu. Falls die Parteien die Anwendung des § 616 BGB abbedungen haben sollten, verbleibt dem Arbeitnehmer gem. § 2 Abs. 3 S. 2 PflegeZG ein Anspruch auf Pflegeunterstützungsgeld nach § 44a Abs. 3 SGB XI. Ansonsten gilt § 616 BGB.

Ein Leistungsverweigerungsrecht aufgrund einer potentiellen Ansteckungsgefahr steht dem Arbeitnehmer wohl nicht zu. Der Arbeitnehmer darf demnach nicht ohne Weiteres dem Dienst eigenmächtig fernbleiben, wenn nicht besondere Umstände hinzutreten. Dem Dienst fernbleiben darf der Arbeitnehmer nämlich nur, wenn er tatsächlich selbst arbeitsunfähig erkrankt ist. Die Angst vor einer Ansteckung auf dem Weg zum Betrieb oder im Betrieb ist hingegen nicht ausreichend. Es verbleibt somit bei dem Grundsatz „kein Lohn ohne Arbeit“. Dem Arbeitnehmer könnten sogar arbeitsrechtliche Konsequenzen drohen. Auch ein Anspruch auf Heimarbeit wird dem Arbeitnehmer nicht zustehen, sofern dies nicht explizit arbeitsvertraglich zwischen den Arbeitsvertragsparteien vereinbart worden ist.

Der wohl konfliktreichste Fall betrifft die Schließung der Kitas und Schulen. In der Literatur ist diese Situation seit dem Aufkommen der sog. Kita-Streiks höchst umstritten. Höchstrichterliche Entscheidungen hat es zu diesem Sachverhalt noch nicht gegeben. Im Ergebnis dürfte dem Arbeitnehmer wohl ein Anspruch auf unbezahlte Freistellung zustehen, falls eine alternative Betreuung der Kinder nicht möglich ist. Dem Arbeitnehmer ist in jedem Fall zumutbar, sich zunächst um eine alternative Betreuung der Kinder zu kümmern. Ob § 616 BGB auf diesen Fall anwendbar ist, ist höchst fraglich, da es sich insofern nicht um einen in der Person des Arbeitnehmers liegenden Verhinderungsgrund handelt. In der Literatur wird eine Anwendung gleichwohl teilweise angenommen (vgl. *MüKoBGB/Henssler*, § 616, Rn 42; *Kolbe*, BB 2009, 1416). Vergütung für die Fehlzeiten wird der Arbeitnehmer somit im Zweifel nicht erhalten. Arbeitgebern ist aber geraten, möglichst einvernehmliche Regelungen mit den Arbeitnehmern zu finden, um weitere Konflikte zu vermeiden und somit den Arbeitsausfall so gering wie möglich zu halten.

II. Rechte und Pflichten des Arbeitgebers

Den Arbeitgeber trifft insbesondere die allgemeine Fürsorgepflicht, welche ihn auch zum Schutz der Gesundheit seiner Mitarbeiter verpflichtet. Es wird vom Arbeitgeber verlangt werden können, die erforderlichen Vorsichtsmaßnahmen, wie z.B. die Bereitstellung von Desinfektionsmitteln, zu treffen. Für den einzelnen Mitarbeiter wird eine Dienstreise in eine Region, für die eine Reisewarnung besteht, im Wege des Direktionsrechts nach § 106 GewO nicht angeordnet werden können. Für weitere

Erkrankung des Kindes oder pflegebedürftiger Angehöriger

Kinder: vorübergehende Verhinderung

pflegebedürftige Angehörige: vorübergehendes Leistungsverweigerungsrecht

potentielle Ansteckung: kein Leistungsverweigerungsrecht

Schließung der Kita oder der Schule: ggf. (unbezahlte) Freistellung

Fürsorgepflicht des Arbeitgebers und Dienstreisen

Thema des Monats

Weisungen gilt, dass diese im billigen Ermessen zu erfolgen haben, also einer Abwägung im Einzelfall bedürfen.

Die zuständigen Behörden sind nach den §§ 28 ff. IfSG berechtigt eine Betriebs-schließung anzuordnen, soweit dies erforderlich ist. Für diesen Fall steht dem Betriebsinhaber ein Entschädigungsanspruch nach § 56 Abs. 1 IfSG zu. Die Höhe der jeweiligen Entschädigung beträgt gem. § 56 Abs. 3 S. 4 IfSG ein Zwölftel des Arbeitseinkommens i.S.d. § 15 SGB IV. Dies ist der nach den allgemeinen Gewinn-ermittlungsvorschriften des Einkommensteuerrechts ermittelte Gewinn aus einer selbstständigen Tätigkeit. Darüber hinaus kann der Betriebsinhaber gem. § 56 Abs. 4 S. 2 IfSG von der zuständigen Behörde die nicht gedeckten Betriebsausgaben in angemessenem Umfang ersetzt verlangen. Der angemessene Umfang ist jedoch nicht gesetzlich definiert und wird einer Beurteilung im Einzelfall bedürfen.

Der Arbeitgeber kann im Falle einer Betriebs-schließung weiterhin zur Entgeltfortzah-lung verpflichtet bleiben. Dies kann sich aus der sog. Betriebsrisikolehre ergeben, wonach der Vergütungsanspruch erhalten bleibt, wenn die Arbeitnehmer zwar arbeitsfähig und arbeitsbereit sind, sie jedoch aus Gründen nicht beschäftigt werden können, die in der betrieblichen Sphäre liegen. Dies dürfte zumindest dann gelten, wenn die Betriebs-schließung durch die besondere Art des Betriebs bedingt und einzukalkulieren ist, wie bei publikumsintensiven Betrieben z.B. Flughäfen. In anderen Betrieben wird es jeweils auf eine Prüfung des Einzelfalls ankommen.

III. Kurzarbeitergeld

Arbeitsrechtliche Auswirkungen hat der Corona-Virus auch für die etwaige Beantra-gung von Kurzarbeitergeld.

Die Regierungsparteien der Großen Koalition haben sich unlängst auf ein umfangrei-ches Paket zur Abfederung von wirtschaftlichen Folgen der Coronavirus-Krise geeinigt, welches neben zahlreichen Investitionsmaßnahmen die Senkung der Hürden für den Bezug von Kurzarbeitergeld vorsieht.

Das Corona-Virus kann durch Lieferengpässe oder Schutzmaßnahmen bei Betrieben erhebliche Arbeitsausfälle verursachen. Sollten diese Arbeitsausfälle mit einem Entgeltausfall verbunden sein, ist ein Ausgleich mit Hilfe des Kurzarbeitergeldes bei Vorliegen der in § 95 SGB III geregelten Voraussetzungen möglich. Der Anspruch auf Kurzarbeitergeld muss grundsätzlich auf einem unabwendbaren Ereignis oder wirtschaftlichen Gründen beruhen. Dies trifft etwa dann zu, wenn Lieferungen aufgrund der Epidemie ausbleiben und die Produktion eingeschränkt werden muss. Ein unabwendbares Ereignis liegt auch dann vor, wenn etwa durch staatliche Schutzmaßnahmen Betriebe geschlossen werden.

Die vorgeschlagene Neuregelung zum Kurzarbeitergeld geht über die im Zusammen-hang mit der Finanzkrise beschlossenen Regelungen hinaus. So können Betriebe einen Antrag auf Kurzarbeit schon dann stellen, wenn nur 10 % – nicht wie bislang 30 % – der Mitarbeiter von dem Arbeitsausfall betroffen sind. Ferner erhalten auch Leiharbeiter Kurzarbeitergeld. Schließlich werden vom ersten Tag an die Sozialbeiträ-ge erstattet, die Arbeitgeber eigentlich auch für entfallene Arbeitszeiten tragen müssten.

Ob die Voraussetzungen für die Gewährung des Kurzarbeitergeldes vorliegen, entscheidet die zuständige Agentur für Arbeit. Wichtig ist, dass betroffene Unterneh-men die Kurzarbeit im Bedarfsfall bei ihrer zuständigen Agentur für Arbeit anzeigen.

Betriebs-schließung und Entschädigung

Entgeltfortzahlung bei Betriebs-schließung

Umfangreiches Maßnahmen-paket in der Corona-Krise

Auftragsengpässe durch Corona-Virus: Kurzarbeiter-geld grundsätzlich möglich

erleichterte Voraussetzungen

Anzeige bei der Agentur für Arbeit

IV. Fazit und Praxisempfehlung

Sowohl Arbeitgebern als auch Arbeitnehmern sei geraten, auf die behördlichen Empfehlungen auf Bundes- und Landesebene zu achten. Tagesaktuelle Informationen finden sich auf den Internetseiten des Bundesministeriums für Gesundheit (<https://www.bundesgesundheitsministerium.de/coronavirus.html>), des Bundesministeriums des Innern, für Bau und Heimat (<https://www.bmi.bund.de/SharedDocs/faqs/DE/themen/bevoelkerungsschutz/coronavirus/coronavirus-faqs.html>) sowie des Auswärtigen Amtes (<https://www.auswaertiges-amt.de/de/ReiseUndSicherheit/covid-19/2296762>). Voreilige Maßnahmen sollten indes nicht ergriffen werden. Insbesondere sollten Arbeitnehmer nicht ohne eine entsprechende Anordnung oder Erkrankung dem Dienst fernbleiben. Auch der Betrieb sollte nicht aus Angst vor einer Ansteckung vorläufig geschlossen werden. Für diese Fälle sieht der Gesetzgeber keine Entschädigungsansprüche nach dem IfSG für den Arbeitgeber oder den Arbeitnehmer vor. In erster Linie gilt somit: Ruhe bewahren und die behördlichen Empfehlungen und/oder Verfügungen abzuwarten.

Der Arbeitgeber sollte die Belegschaft für die Maßnahmen einer Infektionsvermeidung sensibilisieren. So kann der Arbeitgeber beispielsweise auf die Wichtigkeit des regelmäßigen Waschens der Hände hinweisen. Zur Beachtung seiner Fürsorgepflicht kann der Arbeitgeber auch gehalten sein, Desinfektionsmittel zur Verfügung zu stellen. Eine konstruktive Zusammenarbeit mit dem Betriebsrat ist sicherlich unter Berücksichtigung des Mitbestimmungsrechts aus § 87 Abs. 1 Nr. 7 BetrVG ebenfalls notwendig.

Entschädigungen werden nach § 56 IfSG Abs. 4 und 5 von den zuständigen Behörden nur auf Antrag gezahlt. Der Arbeitgeber bleibt jedoch für Zahlungen an den Arbeitnehmer gegenüber der Behörde vorleistungsverpflichtet. Die Erstattung erfolgt nur auf Antrag gem. § 56 Abs. 5 S. 2 IfSG. Es gilt jedoch stets der Vorrang der Lohnfortzahlung nach § 616 BGB.

Adrian Mrochen, Rechtsanwalt, Köln

Rechtsprechung

BAG: Sonderkündigungsschutz des Beauftragten für Datenschutz

Der Sonderkündigungsschutz des Beauftragten für den Datenschutz nach § 4f Abs. 3 S. 5 BDSG in der bis zum 24.5.2018 geltenden Fassung (a.F.) endet mit Absinken der Beschäftigtenzahl unter den Schwellenwert des § 4f Abs. 1 S. 4 BDSG a.F. Gleichzeitig beginnt der nachwirkende Sonderkündigungsschutz des § 4f Abs. 3 S. 6 BDSG a.F.

[Amtlicher Leitsatz]

BAG, Urt. v. 5.12.2019 – 2 AZR 223/19

I. Der Fall

Der Kläger war bei der Beklagten seit dem 1.4.2010 als Arbeitnehmer beschäftigt. Zu diesem Zeitpunkt arbeiteten in der Niederlassung neun Beschäftigte, die alle ständig automatisiert personenbezogene Daten verarbeiteten. Sie bestellte den Kläger mit Schreiben vom 1.6.2010 gem. § 4f BDSG a.F. zum Beauftragten für Datenschutz. Seit

behördliche Empfehlungen

Mitarbeiter sensibilisieren und Fürsorgepflicht beachten

Antrags- und Vorleistungspflicht

Unterschreiten der Schwelle von 10 Arbeitnehmern

den Jahren 2010 bis 2015 beschäftigte die Beklagte zwischen 10 und 13 Arbeitnehmer, im Jahr 2016 indes nur noch neun Arbeitnehmer in der maßgeblichen Niederlassung.

Mit Schreiben vom 12.4.2017 kündigte die Beklagte das Arbeitsverhältnis des Klägers ordentlich unter Einhaltung der gesetzlichen Kündigungsfrist zum 31.7.2017, hilfsweise zum nächstzulässigen Termin. Mit weiterem Schreiben vom selben Tag kündigte sie das Arbeitsverhältnis erneut ordentlich unter Einhaltung der vertraglichen Kündigungsfrist zum 30.9.2017. Zum Zeitpunkt des Zugangs der Kündigung beschäftigte die Beklagte nur noch acht Arbeitnehmer.

Der Kläger erhob Kündigungsschutzklage und berief sich auf den Sonderkündigungsschutz gem. § 4f Abs. 3 S. 5 BDSG a.F. Hiernach hätte er nur außerordentlich gekündigt werden können.

Das ArbG (Frankfurt am Main) gab der Klage statt, die Berufung der Beklagten gegen das stattgebende Urteil des ArbG wurde durch das LAG (Hessen) zurückgewiesen. Sowohl das ArbG als auch das LAG vertraten die Rechtsauffassung, dass der Kläger den Sonderkündigungsschutz des § 4f Abs. 3 S. 5 BDSG a.F. genieße. Das BAG hob die Urteile des ArbG bzw. des LAG auf und verwies den Rechtsstreit zurück an das LAG.

II. Die Entscheidung

In den Entscheidungsgründen führt der 2. Senat des BAG aus, dass es für den Sonderkündigungsschutz entscheidend darauf ankommt, ob ein Arbeitgeber zum Zeitpunkt des Zugangs der Kündigung verpflichtet war, einen Datenschutzbeauftragten zu bestellen. § 4f Abs. 1 S. 4 BDSG a.F. stelle auf die in der Regel ständig mit der automatisierten Verarbeitung personenbezogener Daten beschäftigter Personen ab. Sinke die Beschäftigungszahl, ende auch der Sonderkündigungsschutz nach § 4f Abs. 3 S. 5 BDSG a.F. Hierfür spreche bereits der Wortlaut der Norm. Nach diesem bestehe der Sonderkündigungsschutz nur dann, wenn im Zeitpunkt des Zugangs der Kündigung die Voraussetzungen für die verpflichtende Bestellung eines Beauftragten für den Datenschutz vorliegen. § 4f Abs. 3 S. 5 BDSG a.F. knüpfe nicht an die vergangenheitsbezogene Betrachtung an, sondern an die gegenwärtige Pflicht zur Bestellung. Dies ergebe sich aus dem Wortlaut „*ist nach Abs. 1 ein Beauftragter für den Datenschutz zu bestellen*“.

Für dieses Verständnis spreche auch die Gesetzesbegründung. Die Gesetzesbegründung verweise darauf, dass der Kündigungsschutz des Datenschutzbeauftragten dem Kündigungsschutz der Betriebsräte nachgebildet sei. Bei Betriebsräten sei anerkannt, dass das Betriebsratsamt ende, wenn die Zahl der ständig beschäftigten Arbeitnehmer des Betriebes nicht nur vorübergehend auf unter fünf Arbeitnehmer absinke. In diesem Falle ende auch der besondere Kündigungsschutz des Betriebsrates während der Amtszeit. Es schließe sich der Sonderkündigungsschutz nach Beendigung der Amtszeit an. Nichts anderes könne für das BDSG gelten.

III. Der Praxistipp

Die Entscheidung des 2. Senats des BAG überzeugt. Arbeitnehmervertreter müssen vortragen, dass der Arbeitgeber nicht nur zum Zeitpunkt der Bestellung des Datenschutzbeauftragten, sondern auch zum Zeitpunkt des Zugangs der Kündigung verpflichtet war, einen Datenschutzbeauftragten zu bestellen. Ohne diesen Vortrag greift der Sonderkündigungsschutz nicht.

sodann Kündigung

Berufung auf Sonderkündigungsschutz

Verfahrensgang

Unterschreiten des Schwellenwertes führt zum Wegfall des Sonderkündigungsschutzes

Analogie zum Betriebsverfassungsrecht

Zeitpunkt des Zugangs der Kündigung

Ausdrücklich offengelassen hat das BAG die Frage, ob die Stellung und der Sonderkündigungsschutz des Datenschutzbeauftragten dann wieder eingreift, wenn die Zahl der regelmäßig Beschäftigten den Stellenwert des § 4f Abs. 1 S. 4 BDSG a.F. übersteigt. Das BAG deutet unter Rn 89 der Entscheidungsgründe an, dass der Sonderkündigungsschutz dann wiederauflebt. Solange der Arbeitgeber die Bestellung des Beauftragten für Datenschutz nämlich nicht widerruft, hindert dies auch nicht das Schriftformerfordernis des § 4f Abs. 1 S. 1 BDSG für ein erneutes Einrücken in die zuvor übertragene Funktion eines verpflichtend bestellten Beauftragten für den Datenschutz.

Dr. Marcus Michels, Fachanwalt für Arbeitsrecht, Köln

BAG: Ordentliche Kündigung außerhalb des Geltungsbereichs des Kündigungsschutzgesetzes

1. Eine – an sich neutrale – Kündigung verletzt nur dann das Anstandsgemäß und gerecht Denkenden und ist damit sittenwidrig im Sinne von § 138 Abs. 1 BGB, wenn dem Verhalten des Kündigenden nach den Gesamtumständen eine besondere Verwerflichkeit innewohnt.

2. Eine arbeitgeberseitige Kündigung verstößt nur dann gegen § 242 BGB, wenn sie Treu und Glauben aus Gründen verletzt, die von § 1 KSchG nicht erfasst sind.

3. Im Rahmen der Generalklauseln der §§ 138, 242 BGB ist der objektive Gehalt der Grundrechte zu berücksichtigen. Der durch die zivilrechtlichen Generalklauseln vermittelte verfassungsrechtliche Schutz ist aber umso schwächer, je stärker die mit der Kleinbetriebsklausel des § 23 Abs. 1 KSchG geschützten Grundrechtspositionen des Arbeitgebers im Einzelfall betroffen sind. [...]

4. Eine Kündigung erfolgt nicht willkürlich, wenn sie auf einem irgendwie einleuchtenden Grund beruht. Ein solcher ist bei einem auf konkreten Umständen beruhenden Vertrauensverlust grundsätzlich auch dann gegeben, wenn die Tatsachen objektiv nicht verifizierbar sind. [...].

5. Die Wirksamkeit einer Kündigung bestimmt sich im Zeitpunkt ihres Zugangs. Das gilt auch für die Beurteilung ihrer Sittenwidrigkeit. [...]

BAG, Urt. v. 5.12.2019 – 2 AZR 107/09

I. Der Fall

Die Parteien streiten über die Wirksamkeit einer ordentlichen Kündigung. Die Klägerin war bei der Beklagten, die nicht mehr als zehn Arbeitnehmer beschäftigt, als Nanny/Kinderfrau tätig. Mit Schreiben vom 2.2.2017 kündigte die Beklagte das Arbeitsverhältnis der Parteien außerordentlich fristlos, hilfsweise ordentlich zum 15.3.2017. Der dagegen erhobenen Klage wurde hinsichtlich der außerordentlichen Kündigung rechtskräftig stattgegeben. Die Klägerin hielt aber auch die ordentliche Kündigung für sitten- und treuwidrig.

Zu den Kündigungen sei es gekommen, weil die Zeugin B der Beklagten wahrheitswidrig mitgeteilt habe, dass die Klägerin behauptet habe, die Beklagte sei nie zu Hause, schließe sich immer in ihrem Zimmer ein und esse, wenn sie einmal daheim sei, nur Schokolade mit ihrer Tochter. Die Beklagte habe sich deshalb von der

Wiederaufleben bei erneuter Überschreitung des Schwellenwertes?

Wirksamkeit der ordentlichen Kündigung

Vermeintliche Indiskretionen

Klägerin in ihrer Mutterrolle kritisiert und in ihrer Eitelkeit verletzt gefühlt, obwohl sie gewusst habe, dass diese Behauptungen im Kern wahr und deshalb von der Meinungsfreiheit gedeckt seien.

Die Beklagte habe sich aus Rachsucht und um Mittel für eine Anstellung von Frau B freizumachen nicht mit einer ordentlichen Kündigung begnügen, sondern sich fristlos von der Klägerin trennen wollen. Da ihr bewusst gewesen sei, dass die vermeintlichen Äußerungen der Klägerin keinen wichtigen Grund für eine außerordentliche Kündigung bildeten, habe die Beklagte weitere – wahrheitswidrige und die Vertraulichkeit verletzende – Äußerungen der Klägerin gegenüber Frau B sowie Kindesmissbrauch durch die Klägerin ersonnen.

Damit sei das „Kündigungsverhalten“ mit der Folge sittenwidrig, dass „die gesamte Kündigung“ nichtig sei. Das Erfinden von Gründen, um die außerordentliche Kündigung zu stützen, schlage auf die hilfsweise erklärte ordentliche Kündigung durch. Da bereits das „Kündigungsverhalten“ sittenwidrig gewesen sei, könne dahinstehen, welche Motivation diesem inakzeptablen Verhalten zugrunde gelegen habe. Das Erfinden von Kündigungsgründen indiziere die sittenwidrige Gesinnung. Überdies habe die Klägerin vor Ausspruch der Kündigung angehört werden müssen.

Sowohl das ArbG Berlin als auch das LAG Berlin-Brandenburg haben die Klage abgewiesen. Auch die Revision der Klägerin hatte keinen Erfolg.

II. Die Entscheidung

Das BAG entschied, dass die Kündigung weder sitten- noch treuwidrig sei. Es bestätigte die Einschätzung des LAG, wonach im Falle, dass einer Arbeitgeberin zugetragen werde, eine Arbeitnehmerin verbreite negative Tatsachen über sie, es nachvollziehbar sei, dass diese das Arbeitsverhältnis nicht fortsetzen möchte. Das gelte umso mehr, als hier die als Nanny/Kinderfrau eingestellte Klägerin im absoluten Nähebereich der Beklagten tätig war.

Eine allgemeine Pflicht zur Aufklärung des „wahren Sachverhalts“ gebe es nicht. Dies gelte selbst dann, wenn unterstellt werde, dass die Beklagte tatsächlich Gründe für die außerordentliche Kündigung „nachträglich erdichtet“ habe. Der Willkürvorwurf scheide überdies dann aus, wenn ein irgendwie einleuchtender Grund für die Rechtsausübung vorliege. Ein solcher sei bei einem auf konkreten Umständen beruhenden Vertrauensverlust grundsätzlich auch gegeben, wenn die Tatsachen objektiv nicht verifizierbar seien. Dass die Beklagte nicht weiter – vermeintlicher – Kritik betreffend ihre Mutterrolle durch eine in ihrem Haushalt beschäftigte Arbeitnehmerin ausgesetzt sein wolle, sei verständlich und habe mit Rachsucht oder Vergeltung nichts zu tun.

Von einer unverhältnismäßigen Beschränkung der Meinungsfreiheit der Klägerin könne keine Rede sein. Ihr werde nicht jede kritische Äußerung über die Beklagte verboten. Die Klägerin müsse es lediglich hinnehmen, dass sie derartige Kritik nicht – erneut – aus einem bestehenden Arbeitsverhältnis heraus vorbringen könne.

Im Rahmen der Generalklauseln der §§ 138, 242 BGB komme es zudem nicht darauf an, ob die Klägerin durch die der Beklagten zugetragenen Äußerungen gegen ihre Rücksichtspflicht verstieß. Die Berechtigung von Gründen, die unter Geltung des allgemeinen Kündigungsschutzes als solche im Verhalten gewertet werden könnten, könnten auf der Grundlage der zivilrechtlichen Generalklauseln gerade nicht nachgeprüft werden.

Kündigungsgrund: Rachsucht?

Kündigungsverhalten sittenwidrig?

Verfahrensgang

keine Sitten- oder Treuwidrigkeit

keine allgemeine Pflicht zur Aufklärung

keine Beschränkung der Meinungsfreiheit

geringeres Schutzniveau im Kleinbetrieb

Rechtsprechung

Es bedürfe zudem keiner Entscheidung, ob der ausschließlich gegen eine vorrangig erklärte außerordentliche fristlose Kündigung erhobene Vorwurf der Sittenwidrigkeit auf eine ausdrücklich hilfsweise zu dieser ausgesprochenen ordentlichen Kündigung „durchschlagen“ könne. Der erst nach Vornahme eines Rechtsgeschäfts gefasste Vorsatz, dieses im Rahmen eines zwischenzeitlich anhängigen Rechtsstreits unter Verletzung der prozessualen Wahrheitspflicht zu verteidigen, könne sich zwar ggf. als vorsätzliche sittenwidrige Schädigung darstellen, könne aber nicht eine Kündigung rückwirkend nichtig machen, deren Wirksamkeit als Gestaltungsrecht sich im Zeitpunkt ihres Zugangs bestimme.

III. Der Praxistipp

Das BAG bleibt im Kleinbetrieb konsequent. Außerhalb der Anwendung des Kündigungsschutzgesetzes ausgesprochene Kündigungen sind für Arbeitnehmer nur sehr schwer anzugreifen. Dies zeigt die oben dargestellte Entscheidung eindrücklich. Das BAG stellt nochmals klar, dass dem Arbeitgeber zur Begründung der Kündigung bei Betrieben mit weniger als 10 Arbeitnehmern ein irgendwie einleuchtender Grund genügt. Dieser muss lediglich zum Zeitpunkt des Kündigungsausspruchs vorliegen. Dann ist es auch unerheblich, wenn sich der Arbeitgeber im Nachgang zur Kündigung weitere Gründe ausdenkt und sich auch ansonsten treu- oder sittenwidrig verhält. Dies mag einen Schadensersatzanspruch begründen, wenn denn dessen Voraussetzungen, insbesondere der Schaden, vorliegen. Die Kündigung wird aber dadurch nicht rückwirkend unwirksam.

Begrüßenswert sind auch die Aussagen des BAG zur vermeintlichen Einschränkung der Meinungsfreiheit. Es ist ja in Mode gekommen, sich auf seine Grundrechte zu berufen, wenn eigene – geschützte – Äußerungen nachteilige Auswirkungen haben. Meinungsfreiheit bedeutet aber nicht, dass die eigene Meinung unwidersprochen bleibt oder keine negativen Konsequenzen nach sich ziehen darf. Natürlich darf man sich – in gewissen Grenzen – negativ über seinen Arbeitgeber äußern, dann muss man aber auch damit leben, dass sich dieser das seinerseits nicht gefallen lassen muss und berechtigt ist, das Arbeitsverhältnis zu beenden.

Dr. Jannis Kamann, Fachanwalt für Arbeitsrecht, Köln

LAG Nürnberg: Entgeltfortzahlung – Arbeitsunfähigkeit wegen Krankheit

Besteht ein enger zeitlicher Zusammenhang zwischen Beginn einer Arbeitsunfähigkeit und einer Kündigung, so wird eine Anlasskündigung i.S.d. § 8 EntgFG vermutet. Der Arbeitgeber kann den Beweis, dass eine Anlasskündigung nicht vorliegt, durch entsprechenden Sachvortrag und Beweistritt führen. Dies war hier der Fall mit dem Vortrag, dem Arbeitnehmer sei schon vor seiner Erkrankung die Kündigung wegen Schlechtleistung angekündigt worden.

[Amtlicher Orientierungssatz]

LAG Nürnberg, Urt. v. 10.12.2019 – 7 Sa 364/18

Beurteilungszeitpunkt:
Ausspruch der Kündigung

einleuchtender Grund genügt

mit den Konsequenzen leben

I. Der Fall

Die Parteien streiten über Entgeltfortzahlungsansprüche des Klägers. Dieser war bei der Beklagten seit dem 11.9.2017 als Kraftfahrer beschäftigt. Ausgebildet war der Kläger als Steinmetz. Der Kläger verursachte mit dem ihm zur Verfügung gestellten Fahrzeug bereits innerhalb der ersten Wochen der Beschäftigungszeit mehrere Schäden an dem Fahrzeug. Hieraufhin führte der Kläger mit seinem Vorgesetzten ein Gespräch, in dem der Vorgesetzte den Kläger ermutigte, seine Tätigkeit fortzusetzen.

Rund 3 Wochen nach diesem Gespräch verursachte der Kläger einen weiteren Schaden mit dem von ihm gelenkten Fahrzeug. Hieraufhin fand ein weiteres Gespräch des Vorgesetzten und eines weiteren Mitarbeiters der Beklagten mit dem Kläger statt. Zum Inhalt des Gespräches tragen die Parteien unterschiedlich vor. Nach Darstellung der Beklagten wurde dem Kläger in diesem Gespräch nahegelegt, sich nach einer anderweitigen Beschäftigung umzusehen. Die Beklagte beabsichtige das bestehende Beschäftigungsverhältnis nach Ablauf weiterer 2 Wochen zu beenden. Tatsächlich sprach die Beklagte sodann unter Einhaltung der tarifvertraglichen Kündigungsfrist die Kündigung des Beschäftigungsverhältnisses mit Wirkung zum 16.11.2017 aus. Der Kläger war in der Zeit vom 2.11.2017 bis einschließlich 1.12.2017 arbeitsunfähig erkrankt.

Mit seiner Klage macht der Kläger Entgeltfortzahlungsansprüche für die Zeit nach dem 16.11.2017 geltend. Das ArbG Nürnberg verurteilte die Beklagte antragsgemäß. Die hiergegen gerichtete Berufung der Beklagten war erfolgreich.

II. Die Entscheidung

Anspruchsgrundlage für die Entgeltfortzahlung nach Beendigung des Arbeitsverhältnisses ist § 8 EntgFG. Voraussetzung hierfür ist, dass die Kündigung „aus Anlass der Erkrankung“ des Arbeitnehmers ausgesprochen wurde. Hierzu stellt das LAG zunächst fest, dass es der in der Rechtsprechung und Literatur überwiegend vertretenen Auffassung folgt, ein Beweis des ersten Anscheins spreche für eine Kündigung des Arbeitgebers „aus Anlass der Erkrankung des Arbeitnehmers“, wenn die Kündigung im engen zeitlichen Zusammenhang mit der Erkrankung des Arbeitnehmers ausgesprochen werde.

Auch im vorliegenden Fall ergebe sich aus der Tatsache, dass die Kündigung des Beschäftigungsverhältnisses während der Arbeitsunfähigkeit, und damit im engen zeitlichen Zusammenhang mit der Kündigung, ausgesprochen wurde, ein Beweis des ersten Anscheins für die grundsätzlich von dem Arbeitnehmer vorzutragenden Voraussetzungen des § 8 EntgFG. Auf die in der Literatur geäußerte Kritik (vgl. ErfK/*Reinhard*, EntgFG § 8 Rn 10) an der Annahme eines Anscheinsbeweises geht das erkennende Gericht nicht ein.

Aus Sicht des LAG kam es auf diese Frage indes auch nicht an. Der Arbeitgeber hatte vorgetragen, dass bereits in dem vor Beginn der Arbeitsunfähigkeit des Klägers geführten Gespräch die Absicht zur Beendigung des Arbeitsvertrages mitgeteilt worden sei. Insoweit sah das Gericht den Anschein als erschüttert an. Im Rahmen der erst in zweiter Instanz durchgeführten Beweisaufnahme stellte sich der Vortrag der Beklagten sodann als zutreffend heraus. Da der Arbeitgeber in der bereits vor Beginn der Erkrankung des Arbeitnehmers zur Vertragsbeendigung entschlossen war, fehlte es an den Voraussetzungen für die Entgeltfortzahlung auch nach Ende des Vertragsverhältnisses gemäß § 8 EntgFG.

Verursachung von Schäden bereits zu Beginn des Beschäftigungsverhältnisses

weiterer Schadensfall

Verfahrensgang

Anspruch gemäß § 8 EntgFG

Anscheinsbeweis?

notwendiger Vortrag des Arbeitgebers

III. Der Praxistipp

Die Entscheidung des LAG Nürnberg zeigt ein weiteres Mal, dass auch Kündigungen in der Probezeit mit Bedacht auszusprechen sind. Die von vielen Arbeitgebern übersehene Normen des § 8 EntgFG können zu einer Haftung des Arbeitgebers für die Entgeltfortzahlungsansprüche auch nach tatsächlicher Beendigung des Vertragsverhältnisses führen. Ist dem Arbeitgeber eine Erkrankung des in der Probezeit zu kündigenden Arbeitnehmers bekannt, ist vor Ausspruch der Kündigung die Prüfung notwendig, ob ein substantiierter Vortrag, der den von den Gerichten angenommenen Anscheinsbeweis entkräften kann, möglich ist.

Zu beachten ist in diesem Zusammenhang auch, dass nicht alleine der gekündigte Arbeitnehmer anspruchsberechtigt sein kann. In den Fällen, in denen eine Krankenkasse dem betroffenen Arbeitnehmer Leistungen (Krankengeld) gewährt hat, geht der Erstattungsanspruch gemäß § 115 SGB X auf die Krankenkasse über. Häufig werden Forderungen gemäß § 8 EntgFG deshalb tatsächlich von den Krankenkassen geltend gemacht.

Markus Pillok, Fachanwalt für Arbeitsrecht, Köln

Terminvorschau BAG

Neue anhängige Rechtsfragen

– BAG 3 AZR 157/19 –

Berechtigung einer Pensionskasse zur Reduzierung der Rentenfaktoren – Ausgleichsanspruch durch Zahlung eines Zusatzbeitrags

Die Parteien streiten darüber, ob die Beklagte die von der Pensionskasse vorgenommene Reduzierung der Rentenfaktoren durch Zahlung eines Zusatzbeitrags auf das Beitragskonto des Klägers ausgleichen muss.

Der 1968 geborene Kläger ist seit August 1999 bei der Beklagten beschäftigt. Er ist seit Januar 2003 in der Pensionskasse des BVV im Tarif DN versichert. Die Mitgliederversammlung des BVV beschloss am 24.6.2016, von dem satzungsmäßigen Recht Gebrauch zu machen, die Rentenfaktoren in Tarifen mit einem kalkulierten Rechnungszins von vier Prozent zu reduzieren. Dieser Beschluss führte in seiner Umsetzung dazu, dass die Rentenfaktoren im Tarif DN um 24,02 % abgesenkt wurden. Die Änderung gilt für bestehende Versicherungsverhältnisse ab dem 1.1.2017. Um die Verringerung künftiger Rentenleistungen auszugleichen, muss ein zusätzlicher Beitrag i.H.v. max. 31,61 % gezahlt werden. Dies sind im Fall des Klägers 36,67 EUR monatlich.

Mit der vorliegenden Klage verlangt der Kläger von der Beklagten zum Ausgleich der sich aus der Reduzierung der Rentenfaktoren ergebenden Deckungslücke monatlich die Zahlung eines um 36,67 EUR erhöhten Beitrags zu seinen Gunsten auf sein Beitragskonto bei der Pensionskasse. Er hat die Auffassung vertreten, es liege eine betriebliche Altersversorgung vor. Er habe durch die Anmeldung zur Pensionskasse davon ausgehen können, dass ihm auf Grundlage der geleisteten Beiträge bei Eintritt des Versorgungsfalls eine Versorgung durch die Pensionskasse gewährt werde. Es seien keine Anhaltspunkte für eine nicht vom Betriebsrentengesetz (BetrAVG) erfasste reine Beitragszusage ersichtlich. Die Einstandspflicht nach § 1 Abs. 1 S. 3 BetrAVG bestehe unabhängig davon, welchen Durchführungsweg der Arbeitgeber zur

Kündigung in der Probezeit
nicht immer unproblematisch

Anspruchsübergang auf die
Krankenkassen

Reduzierung der Renten-
faktoren durch Pensionskasse

Terminvorschau BAG

Umsetzung der zugesagten betrieblichen Altersversorgung wähle. Die betriebliche Altersversorgung unterliege nicht der Abänderungsmöglichkeit durch die Pensionskasse. Die Einstandspflicht beziehe sich auch auf die durch ihn, den Kläger, finanzierten Beiträge.

Das Arbeitsgericht hat die Klage abgewiesen, das Landesarbeitsgericht hat ihr stattgegeben. Der Kläger habe aus § 1 Abs. 1 S. 3 BetrAVG nicht nur einen verschuldensunabhängigen Erfüllungsanspruch, die sog. Einstandspflicht, sondern auch einen Anspruch auf Einhaltung des Durchführungsweges. Hiergegen wendet sich die Beklagte mit ihrer Revision und begehrt die Wiederherstellung des erstinstanzlichen Urteils.

Vorinstanz: Hessisches LAG, Urt. v. 12.12.2018 – 6 Sa 153/18

Termin der Entscheidung: 31.3.2020, 10:00 Uhr

Zuständig: Dritter Senat

Impressum

Herausgeber:

michels.pmks Rechtsanwälte Partnerschaft mbB
Hohenstaufenring 57
50674 Köln
Tel.: +49-221-50003-5
Fax: +49-221-50003-636

Über die Kanzlei:

michels.pmks Rechtsanwälte ist eine Boutique mit Schwerpunkten auf dem Arbeitsrecht sowie dem Gesundheitsrecht. Mit sieben Rechtsanwälten beraten wir vom Standort Köln aus bundesweit zu allen Fragen des Arbeitsrechts.

Erscheinungsweise:

10x jährlich, nur als PDF, nicht im Print.

Bestellungen:

Über den Verlag unter
<https://kostenlos.anwaltverlag.de/fachgebiete/arbeitsrecht>.



DeutscherAnwaltVerlag

Rochusstraße 2–4 · 53123 Bonn
Tel.: 02 28-9 19 11-52 · Fax: 02 28-9 19 11-23

Ansprechpartnerin im Verlag: Anne Krauss

Hinweis:

Die Ausführungen in diesem Werk wurden mit Sorgfalt und nach bestem Wissen erstellt. Sie stellen jedoch lediglich Arbeitshilfen und Anregungen für die Lösung typischer Fallgestaltungen dar. Die Eigenverantwortung für die Formulierung von Verträgen, Verfügungen und Schriftsätzen trägt der Benutzer. Herausgeber, Autoren und Verlag übernehmen keinerlei Haftung für die Richtigkeit und Vollständigkeit der in diesem Infobrief enthaltenen Ausführungen.

Hinweise zum Urheberrecht:

Die Inhalte dieses Infobriefs wurden mit erheblichem Aufwand recherchiert und bearbeitet. Sie sind für den Abonnenten zur ausschließlichen Verwendung zu internen Zwecken bestimmt. Dementsprechend gilt Folgendes:

- Die schriftliche Verbreitung oder Veröffentlichung (auch in elektronischer Form) der Informationen aus diesem Infobrief darf nur unter vorheriger schriftlicher Zustimmung durch die Deutscher Anwaltverlag & Institut der Anwaltschaft GmbH erfolgen. In einem solchen Fall ist der Deutsche Anwaltverlag als Quelle zu benennen.
- Unter „Informationen“ sind alle inhaltlichen Informationen sowie bildliche oder tabellarische Darstellungen von Informationen aus diesem Infobrief zu verstehen.
- Jegliche Vervielfältigung der mit dem Infobrief überlassenen Daten, insbesondere das Kopieren auf Datenträger sowie das Bereitstellen und/oder Übertragen per Datenfernübertragung ist untersagt. Ausgenommen hiervon sind die mit der Nutzung einhergehenden, unabdingbaren flüchtigen Vervielfältigungen sowie das Herunterladen oder Ausdrucken der Daten zum ausschließlichen persönlichen Gebrauch. Vom Vervielfältigungsverbot ausgenommen ist ferner die Erstellung einer Sicherheitskopie, soweit dies für die Sicherung künftiger Benutzungen des Infobriefs zum vertraglich vorausgesetzten, ausschließlich persönlichen Gebrauch notwendig ist. Sicherheitskopien dürfen nur als eine solche verwendet werden.
- Es ist nicht gestattet den Infobrief im Rahmen einer gewerblichen Tätigkeit Dritten zur Verfügung zu stellen, sonst zugänglich zu machen, zu verbreiten und/oder öffentlich wiederzugeben.